fundenen Rechtfertigung einer Beschwerde festzusetzen hat, woran weder durch den Antrag des Appellanten, noch selbst durch Convention der Parteien etwas geändert werden kann.

An sich nun ist es immer Gegenstand der Beurtheilung in jedem gegeben Falle, ob die Abweisung der Klage auf der Lösung einer für sich bestehenden Vorfrage, oder ob sie auf der Conclusion beruht, welche sich zufolge der unterrichterlichen Beurtheilung des Vorbringens zur Begründung der Sachbitte in Bezug auf diese ergab. Dennoch lassen sich die hauptsächlichen Fälle der einen und der andern Categorie bezeichnen, und die Betrachtung derselben dient zugleich zur Erläuterung der entwickelten Ansicht.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

XIII.

Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt.

Von

Herrn Dr. **Eduard Fein**, Privatdocenten der Rechte zu Heidelberg.

(Beschluß des Aufsatzes no. VII. in dem vorigen Hefte.)

§. 6.

Nachdem wir so die Fragmente erläutert haben, welche sich direct mit unserer Frage beschäftigen, so wenden wir uns jetzt vorläufig zur Widerlegung der von den Gegnern zur Unterstützung ihrer Ansicht hauptsächlich geltend gemachten Gründe. Sie haben sich dabei vorzugsweise auf folgende 3 Punkte berufen:

1) auf die Natur und die Wirkungen der Rechtskraft;
2) auf die Aehnlichkeit zwischen dem Eide und dem rechtskräftigen Urtheile, und

3) auf die allgemeine Natur und die Wirkungen der Exceptionen überhaupt.

Gehen wir zuerst

ad 1. auf die auctoritas rei judicatae über, so sind es vorzugsweise 2 Stellen, auf welche die Gegner provociren, nämlich

a) L. 56. D. de re judicata (42, 1), welche also lautet:

Post rem judicatam vel jurejurando decisam vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.

Aus diesem Fragmente soll sich ergeben, daß mit der res judicata aller Streit abgethan und eine neue Untersuchung unmöglich gemacht sey. Allerdings würde diese Stelle von nicht unbedeutendem Gewichte sein, wenn sich nicht auf das Bestimmteste nachweisen ließe, daß Ulpians Worte nur auf das freisprechende Erkenntniß zu beziehen sind. Denn wenn gleich in der Legaldefinition die res judicata definirt wird: „quae finem controversiarum pronunciatione judicis, sive condemnatione sive absolutione accepit“ [73]), so bezieht sich doch der Titel, welcher de re judicata et de effectu sententiarum überschrieben ist, nur auf die verurtheilten Schuldner, welche ex causa judicati obligirt sind, während von den freigesprochenen Schuldnern in einem ganz anderen Titel, nämlich dem Titel: de exceptione rei judicatae (44, 2) gehandelt wird. Wie daher die Worte der Rubrik: de effectu sententiarum, auf die condemnatorischen Sentenzen zu beziehen sind, so muß auch Alles, was in dem Titel selbst von der Wirkung der Urtheile gesagt wird, gerade auf diese eine Klasse von Urtheilen bezogen werden, wenn nicht die Annahme des Gegentheils durch den Zusammenhang zur Noth-

---

73) L. 1. D. de re judicata (42, 1.)

wendigkeit erhoben wird. Außerdem liegt aber auch noch in der Stelle selbst die deutlichste Hinweisung auf die hier vertheidigte Interpretation. Die **oratio D. Marci** nämlich, deren Wirkung Ulpian hier in Vergleichung mit dem Eide und dem rechtskräftigen Urtheile schildern will, enthielt, wie wir aus einer anderen Stelle wissen [74], nur eine Erweiterung des schon früher in beschränkterem Maaße geltenden Grundsatzes: **confessus pro judicato habetur.** Nach den 12 Tafeln galt nämlich dieser Grundsatz nur beim Geständnisse einer Darlehnsschuld [75]; später ward er auf jedes Geständniß einer bestimmten Schuldsumme, und endlich durch die **oratio D. Marci** auf jedwedes Geständniß, wenn auch das Object ein **incertum** war, ausgedehnt [76]. Daher fügt Ulpian selbst in unserer Stelle als Entscheidungsgrund des „**nihil quaeritur**" die Worte „**quia in jure confessi pro judicatis habentur**" hinzu, zum deutlichen Beweise wie er nur die verurtheilten Schuldner, die **judicati** im technischen Sinne [77], und diejenigen die durch ihr eigenes Geständniß oder durch den Eid des Gegners zu einer Leistung obligirt waren, im Sinne gehabt hat. Das ganze Fragment steht daher mit dem Thema dieses Aufsatzes überall nicht in Beziehung.

b) Eine zweite, von den Gegnern, wie mir scheint, gleichfalls mit Unrecht urgirte Stelle ist die **L. 207. D. de R. J.**

Res judicata pro veritate accipitur.

welche uns an einem anderen Orte in ihrem wahren Zusam=

---

74) L. 6. §. 2. D. de confessis (42, 2.)

75) Gell. noct. attic. XX, 1.

76) L. 6. pr. §. 1. und 2. D. de confess. — Hatte Jemand ein incertum eingestanden, so wurde zwar noch ein judex, aber nicht judicandi, sondern aestimandi causa bestellt. L. 25. §. ult. — L. 27. pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2).

77) Vgl. z. B. L. 4. §. 3. L. 6. §. 2. L. 7. D. de re judicata (42, 1. Daher heißt die den verurtheilten Schuldnern gesetzlich gestattete Zahlungsfrist: tempus judicati. L. 2. L. 4. §. 5. D. eod.

menhange mitgetheilt ist, nämlich als L. 25. D. de stat. hominum (1, 5). Sie ist aus Ulpians 1tem Buche zur lex Julia et Papia Poppaea entlehnt, und lautet folgendermaaßen:

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate accipitur.

Ulpian redet hier von einem Ingenuitätsprocesse. Nun ist es aber ein bekannter Rechtssatz, daß der richterliche Ausspruch über den status einer Person, insofern der Proceß ohne Collusion [78]) mit dem justus contradictor [79]) durchgefochten ist, nicht bloß unter den Parteien, sondern absolut für Alle verbindlich ist [80]). Unter diesen Verhältnissen kann man daher mit Recht sagen: das im Statusprocesse ergangene Urtheil pro veritate accipitur. Denn weil das Urtheil für Alle verbindlich ist, so macht es in Wahrheit keinen Unterschied, ob Jemand in Wirklichkeit ingenuus, oder, wenn gleich per injuriam, rechtskräftig für einen ingenuus erklärt ist. Auch der Letztere steht in Beziehung auf die Eheverbote der lex Julia et Papia Poppaea [81]) dem wirklichen ingenuus ganz gleich, eine Anwendung, die in unserer Stelle ausdrücklich gemacht worden ist.

Wenn nun auch der Satz: res judicata pro veritate accipitur in dieser absoluten Allgemeinheit von den Compilatoren in den Titel: de regulis juris aufgenommen ist, so darf uns dies dennoch, da wir die wahren Gränzen desselben aus anderen Stellen unserer Sammlung kennen lernen, nach der in L. 1. D. de R. J. vorangeschickten Characteristik der regulae juris, nicht bestimmen, ihn über seine wahren Gränzen

78) Tot. Tit. de collusione detegenda (40, 16).
79) L. 1. und 5. D. si ingenuus esse dicetur (40, 14).
80) L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. pr. D. de agnosc. liberis (25, 3). L. 1. §. 4. D. de liberis exhibendis (43, 30).
81) Ulp. Fragm. tit. XIII. XVI. §. 2.

hinaus zur Anwendung zu bringen. Jedenfalls wäre er nun und nimmermehr im Stande, den durch die obigen Fragmente (§. 2—4) wohlbegründeten Satz: daß der freigesprochene Schuldner naturaliter obligirt bleibt, über den Haufen zu werfen.

§. 7.

ad 2. Das zweite Argument der Gegner war von der Aehnlichkeit des Eides mit dem rechtskräftigen Urtheile entlehnt. In dieser Beziehung berufen sie sich

a) auf die Gleichstellung des Eides und Urtheils in L. 56. D. de re judicata (42, 1). Allein daß diese Stelle überall nicht von dem freigesprochenen Schuldner handle, glauben wir in §. 6. genügend nachgewiesen zu haben.

b) auf L. 26. §. 2. und L. 35. §. 1. D. de jurejur. (12, 2), nach welchen Stellen die exceptio jurisjurandi instar judicii wirke. Da nun die exceptio jurisjurandi die Wirkungen der naturalis obligatio ausschließe, so müsse man annehmen, daß auch die exceptio rei judicatae in derselben Weise die Wirkungen der ihr gegenüberstehenden obligatio vollständig ausschließe [82]. Allein diese Stellen sind offenbar von Büchel falsch interpretirt, und verdienen eine um so genauere Betrachtung, da sie, richtig interpretirt, keinen unbedeutenden Unterstützungsgrund der diesseitigen Ansicht abgeben. Die L. 35. §. 1. von Paulus lautet also:

Prodigus, si deferat jusjurandum, audiendus non est. Idemque in ceteris similibus ei dicendum est. Nam sive pro pacto convento sive pro solutione sive pro judicio hoc jusjurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt.

Indem ich die verschiedenen Erklärungen der Glosse und des Cujacius [83]) übergehe, will ich nur auf den, wie es

82) Büchel l. c. S. 110. not. 5.

83) In Comment. au Pauli lib. 18. ad edict. h. l. (in Opp. T. V.

mir scheint, allein richtigen Sinn desselben aufmerksam machen. Der deferirte Eid kann, wie das Urtheil, nach entgegengesetzten Seiten, nämlich um mich so auszudrücken, entweder condemnirend oder absolvirend wirken: condemnirend, wenn der Gläubiger schwört „dari oportere", absolvirend, wenn der Schuldner schwört, „dari non oportere". Da nun ein Verschwender, dem die Disposition des Vermögens entzogen ist, sich weder Jemandem durch Vertrag obligiren, noch seine Schuldner liberiren kann, so kann er auch natürlich weder seinem Gläubiger den auf „dari oportere", noch seinem Schuldner den auf „dari non oportere" gerichteten Eid zuschieben. Dies und gerade dies ist der Sinn der Worte: „nam sive pro pacto convento sive pro solutione sive pro judicio hoc jusjurandum cedit", nämlich der auf „dari non oportere" gerichtete Eid wirkt entweder pro pacto convento oder pro solutione, der auf „dari oportere" gerichtete Eid wirkt pro judicio, weil aus ihm eine in factum actio ad similitudinem judicati entspringt [84].

Nun entsteht aber die weitere Frage: wann wirkt der absolutorische Eid pro pacto convento, wann pro solutione? Pro pacto convento, sc. de non petendo [85] wirkt er, wenn bei vorhandener Identität oder Solidarität der Obligation von mehreren Genossen derselben passiven Obligation der Eine nur in personam geschworen hat [86]. In per-

p. 228). Cujacius setzt nämlich mit Anderen unser Fragment nicht ins 28ste Buch, wie die Florent., sondern ins 18te Buch.

84) L. 8. C. de reb. cred. (4, 1). Ueber den anscheinenden Widerspruch mit L. 13. §. 3—5. L. 30. §. 2. D. de jurej. vgl. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen 1r Bd. S. 303 not. a. und S. 656.

85) Vgl. L. 21. §. 1. D. de pact. (2, 14). L. 3. D. de except. (44, 1). Gaj. IV. §. 116.

86) Vgl. zur Rechtfertigung dieser Interpretation L. 1. §. 3. D. quar. rerum actio etc. (44, 5). L. 28. §. 1. und 2. D. de jurejurando. — L. 5. pr. D. de liberat. legat. (34, 3).

sonam concipirt ist aber der Eid, sobald sein Inhalt isolirt und ohne Einfluß auf das Verhältniß des Gläubigers zu den übrigen Schuldgenossen dasteht [87]. Daß hier der Eid nicht **pro solutione** wirken kann, weil sonst auch die übrigen Schuldgenossen dadurch liberirt werden würden, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Desgleichen kann der Eid nicht **pro solutione** wirken, sobald er nur über das Schicksal des rein civilen Bestandtheils der Obligation entscheiden, mithin das Vorhandensein einer Naturalobligation ganz aus dem Spiele bleiben soll [88].

In allen übrigen Fällen wird der absolutorische Eid **pro solutione** wirken, weil er, wenn gleich auf dem indirecten Wege der **exceptio**, die Obligation eben so tilgt wie die **solutio ipso jure**.

Recapituliren wir nun das Resultat dieser Interpretation, daß nämlich der condemnatorische Eid **pro judicio**, der absolutorische **pro pacto convento** oder **pro solutione** wirkt [89], so hat Büchel den Beweis, „daß die **exceptio jurisjurandi instar judicii** wirke" durch die Berufung auf unsere Stelle nicht blos nicht geführt, sondern die Stelle bietet geradezu dadurch, daß der condemnatorische Eid in seiner Wirkung der **actio judicati**, der absolutorische Eid aber nicht der **exceptio rei judicatae**, sondern dem Einwande der Zahlung oder der **exceptio pacti conventi** an die Seite gestellt wird, ei

87) Nehmen wir, um das erste beste Beispiel zu wählen, an, daß der Bürge schwört, er habe sich nicht verbürgt, so ist der Eid in **personam** concipirt, weil das Schicksal der Hauptobligation durch den Inhalt des Eides nicht entschieden wird. Schwört er aber, er habe die Schuld bezahlt, so war der Eid in **rem**, weil dieser Eid in das Schicksal der Hauptobligation mit eingreift.

88) Ein Beispiel hiervon findet sich weitläufig erörtert in **L. ult. pr. D. de jurejur. (12, 2).**

89) Der Eid hat also in jedem concreten Falle nothwendiger Weise eine von den 3 Wirkungen: entweder er gilt **pro judicio**, oder **pro solutione**, oder **pro pacto convento**.

nicht unbedeutendes Argument für die diesseitige Meinung dar, daß nämlich die exceptio jurisjurandi in ihrer Wirkung weiter reicht, als die exceptio rei judicatae.

Dieselbe Bewandniß hat es mit der zweiten von Büchel citirten Stelle, nämlich der L. 26. §. 2. D. de jurejurando (12, 2):

„Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii",

mit welcher sogleich die nachfolgende, aus Gajus entlehnte L. 27.

„Jusjurandum etiam loco solutionis cedit"

zu verbinden ist. Auch hier ist in der ersteren Stelle nicht von der exceptio jurisjurandi, sondern von der actio ex jurejurando, von dem condemnatorischen Eide die Rede. Wenn nämlich der Gläubiger schwört „dari oportere" so ist ein zwiefaches Verhältniß denkbar. War nämlich der Schuldner bereits vorher obligirt, so kann man gewissermaaßen [90]) sagen: es ist eine Novation vorgegangen; war aber vorher noch keine obligatio vorhanden, wird sie vielmehr erst durch den Eid geschaffen, so bleibt nur die Analogie der actio judicati übrig. Der wahre Sinn unserer Stelle ist also folgender: Das aus dem condemnatorischen Eide entstehende Rechtsverhältniß kann gewissermaßen als eine Novation betrachtet werden, obschon es auch in dem Falle, wo noch keine obligatio vorhanden, mithin keine Novation denkbar war, gleich dem rechtskräftigen Urtheile eine obligatio hervorbringt. Erst in der unmittelbar angeschlossenen L. 27. kommt dann der absolutorische Eid, von welchem das „loco solutionis cedit" ausgesprochen wird, an die Reihe, so daß hier gerade derselbe

---

90) Der Jurist drückt sich absichtlich sehr vorsichtig aus: ex numero esse potest videri novandi, weil mannigfaltige Verschiedenheiten von der eigentlichen Novation obwalten. Vgl. z. B. L. 30. pr. D. de jurejur. (12, 2).

Gedankengang zu Grunde liegt, wie in der oben erläuterten L. 36. §. 2. D. h. t.

Wenn endlich

3) v. d. Pfordten [91]) sich auf L. 1. pr. D. quar. rerum actio (44, 5):

> Jusjurandum vicem rei judicatae obtinet non immerito, quum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jurejurandum

beruft, so sagt diese ganz allgemein gehaltene Stelle weiter nichts als daß, wenn der Eid coram praetore deferirt und geleistet wird, es überhaupt nicht zum judicium und zur res judicata kommt, da der Deferent seinen Gegner selbst zu seinem Richter gemacht habe. Wollte man solche Stellen zu speciellen Folgerungen benutzen, so müßte man aus L. 28. §. 2. D. de judiciis (5, 2) geradezu ableiten, daß der Eid die naturalis obligatio nicht aufhebe, weil es dort von dem Eide heißt: in locum litis contestatae succedit, und durch Litiscontestation die Naturalobligation nicht aufgehoben wird, ein deutlicher Beweis, wie gefährlich es ist, Schlußfolgerungen aus solchen allgemein gehaltenen Vergleichungen abzuleiten.

Was ist nun das Resultat der bisherigen Betrachtungen? Der vom Schuldner geleistete Eid „se dare non oportere“ hebt in der Regel und wenn unter den Parteien nicht etwas anderes beabsichtigt ist, auch die naturalis obligatio auf, weshalb die irrthümlich geleistete Zahlung mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann [92]). Daher heißt es vom Eide: loco solutionis, oder pro pacto convento cedit [93]), und acceptilationi simile est [94]), Ausdrücke, die Niemand von der exceptio rei judicatae aufzuweisen

---

91) l. c. S. 110. not. 6.

92) L. 42. pr. D. de jurejurando (12, 2). L. 40 und 39. D. eod. L. 43. D. de cond. indeb. (12, 2).

93) L. 27. L. 28. §. 1. L. 35. §. 1. D. de jurejur. (12, 2).

94) L. 40. D. eod.

im Stande sein wird, weil diese, wie wir oben in §. 2--4 gesehen haben, die **naturalis obligatio** nicht aufhebt.

Sind wir auf diese Weise zu dem Resultate gekommen, daß die **exceptio jurisjurandi** eine stärkere Wirkung hat, als die **exceptio rei judicatae**, so tritt uns nun der Ausspruch des Paulus in **L. 2. D. de jurej. (12, 1)**:

> **Jusjurandum speciem transactionis continet majoremque habet auctoritatem quam res judicata**

in seinem vollen Gewichte und in seiner wahren Bedeutung entgegen. Wir lernen nun auch den Grund kennen, warum dem Eide in unserm Falle [95]) eine größere Kraft als der **res judicata** beigelegt worden ist. Der Eid enthält **speciem transactionis**, und wie durch den remissorischen Vergleich die ganze Forderung aufgehoben wird, so muß auch durch den absolutorischen Eid der Schuldner vollständig liberirt werden.

§. 8.

Indem wir die Prüfung des dritten Grundes der Gegner auf §. 10. verschieben, wollen wir jetzt erst ein Verhältniß betrachten, welches für die vorliegende Streitfrage ein nicht unbedeutendes Interesse darbietet. Ist nämlich die diesseitige Ansicht über die Fortdauer der **naturalis obligatio** nach freisprechendem Erkenntnisse richtig, so folgt hieraus nothwendig, daß die **naturalis obligatio** überall nicht in litem deducirt sein kann, weil sie widrigenfalls durch das Urtheil hätte consumirt werden müssen. Kann daher die Richtigkeit dieser Negative aus anderen Stellen nachgewiesen werden, so haben wir damit wieder für die Richtigkeit unserer Ansicht einen neuen Anhaltspunkt aufgefunden.

In der neuesten Zeit hat nun Büchel [96]) behauptet, auch die **naturalis obligatio** werde durch die Litiscontesta-

---

95) Ein anderer Fall, in welchem dem Eide eine stärkere Wirkung beigelegt ist, als der **res judicata**, ist enthalten in **L. 31. D. de jurejur. (12, 2)**.

96) l. c S. 106. not. 4. S. 109 unten.

tion allerdings in litem deducirt, aber noch nicht perimirt, vielmehr erst durch die res judicata consumirt, und v. d. Pfordten ist sogar so weit gegangen, daß er sofort schon durch die exceptio rei in judicium deductae die naturalis obligatio für aufgehoben erklärt (vgl. §. 9).

Allein beide Behauptungen scheinen mir gleich unhaltbar zu sein, weil sie eine Cardinalstelle wider sich haben, welche auf keine Weise entfernt werden kann. Es ist dies die von Papinian herrührende L. 50. §. 2. D. de peculio (15, 1):

> Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.

Die Stelle ist so einfach und sagt mit so ausdrücklichen Worten, daß die naturalis obligatio nicht in litem deducirt werde, daß wir uns mit der Erläuterung des Fragmentes nicht weiter aufzuhalten brauchen. Die Gegner haben nun die bedenklichen Worte, quia naturalis obligatio etc. auf verschiedene Weise unschädlich zu machen gesucht.

V. d. Pfordten hat sich die Sache sehr leicht gemacht [97]. Er findet es ganz in der Ordnung, daß die Naturalschuld des Sklaven nicht in litem transferirt sei, weil die Peculiarschuld des Herrn und die des Sklaven zwei verschiedene Obligationen seien, wie denn auch Ulpian in L. 44. D. de pecul. ausdrücklich sage: Qui cum filiofamilias contraxit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem duntaxat de peculio, und weil auch in anderen Gesetzesstellen die Verbürgung für den Sklaven von der für den Herrn wohl unterschieden, ja sogar gestattet werde, daß sich

97) l. c. S. 130.

der Sklave für die Peculiarhaftung des Herrn selbst wieder verbürge [98].

Allein v. d. Pfordten übersieht hiebei ganz und gar, daß in dem Falle der **actio de peculio** eine wahre Identität der Passivobligation zwischen Sklaven und Herrn oder Vater oder Haussohn vorhanden ist, wie dies auf unwidersprechliche Weise in den trefflichen Erörterungen von Keller [99]) nachgewiesen und auch in der neuesten Zeit von v. Vangerow [100]), Liebe [101]), Franke [102]) und v. Savigny [103]) anerkannt worden ist. Eine nothwendige Folge dieser Identität zeigt sich gerade in der s. g. proceßualischen Consumtion. Wenn nämlich die **obligatio** gegen einen der mehreren möglichen Verklagten im Wege der Klage geltend gemacht ist, so haben alle anderen Interessenten die **exceptio rei in judicium deductae** erlangt. Würde nun nach Büchels Voraussetzung die **obligatio** stets in ihrem vollen Umfange, mithin auch der naturale Bestandtheil desselben **in judicium** deducirt, so wäre durch Anstellung der **actio de peculio** wider den Herrn das ganze identische Obligationsverhältniß, mithin auch die **naturalis obligatio** des Sklaven **in judicium** deducirt, und doch heißt es geradezu in unserer Stelle: **naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem non est translata**, und außerdem werden noch zwei der wichtigsten Folgen der **naturalis obligatio, soluti retentio** und Pfandbestellungen, anerkannt. V. d. Pfordten hätte also beweisen müssen, daß hier keine Identität der Obligation vorliege. Allein dieser Beweis ist

98) L. 21. §. 2. L. 85. D. de fidej. (46, 1).

99) In der Comment. ad. L. 32. D. de peculio und in der Schrift über Litiscontestation §. 50. S. 420 fgg. und §. 62–65.

100) Leitfaden I. S. 210 h. a.

101) Die Stipulation und das einfache Versprechen. Braunschweig. 1839. S. 223.

102) in diesem Archive 25r Bd. S. 419.

103) System des heutigen röm. Rechts 5r Bd. S. 221. not. v.

ihm gänzlich mißlungen. Denn Alles was er anführt, ist gerade eben so auch auf eigentliche Correalschulden anwendbar, bei denen doch v. d. Pfordten selbst schwerlich die Identität der Obligation in Abrede stellen wird. Denn auch bei Correalschulden ist eine subjective Mehrheit von Schuldnern vorhanden, auch die Correalschuldner können sich gegenseitig für einander verbürgen[105], und doch wird Niemand die Identität der Obligation in Abrede stellen. Finden wir also auch, daß sich der Sklave für die Peculiarhaftung des Herrn verbürgen kann, so ist damit gegen die Identität der Obligation nicht das Mindeste bewiesen.

Mit weit mehr Schein hat daher Büchel die Sache so zu erklären versucht[105]. Durch die Anstellung der accessorischen actio de peculio sei die Hauptobligation des servus oder filiusfamilias nicht in litem deducirt, weil überhaupt durch Anstellung einer accessorischen Klage, wie z. B. der actio ex stipulatu gegen den Bürgen die Hauptobligation nicht in judicium deducirt werde.

Allein auch diese Erklärung hat nur den Schein für sich. Wir wollen uns bei der Widerlegung an das von Büchel gewählte Beispiel des Bürgen halten. Schon nach allgemeinen Grundsätzen muß offenbar die Büchelsche Ansicht verworfen werden. Denn ist die Obligation des Bürgen und des Hauptschuldners identisch, wie doch auch wohl Büchel annehmen wird, so ist es offenbar gleichgültig, gegen welchen Interessenten die obligatio in judicium deducirt wird. Genug die obligatio ist, in judicium deducirt, und eine einmal in judicium deducirte Obligation kann nach dem Grundsatze der pro-

104) L. 11. pr. D. de duobus reis (45, 2).

105) l. c. S. 107. — Dieselbe Ansicht hat bereits vor Büchel Merillius observat. lib. 8. cap. 9 gehabt, dem Schulting in jurisprud. Antej. zu Pauli sent. recept. II, 12, 16. not. 47 i. f. pag. 297 folgt, obgleich Schulting sich hierbei dessen nicht mehr zu erinnern scheint, was er in demselben Buche zu Gaj. II, 9. §. 2. not. 35. pag. 152 und 153 bemerkt hat.

cessualischen Consumtion nicht zum zweiten Male in judicium deducirt werden. Daß aber auch wirklich der Hauptschuldner durch Belangung des Bürgen nach älterem Rechte befreit wurde, resp. die exceptio rei in judicium deductae erlangte, geht unzweideutig aus Justinians L. 28. D. de fidejussoribus (8, 40) hervor. Man lese nur unbefangen die ganze Constitution, und betrachte insbesondere die Worte: „sancimus nullo modo electione unius ex fidejussoribus vel ipsius rei alterum liberari vel ipsum reum fidejussoribus vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori" u. s. w., um sich von der Unhaltbarkeit der Büchelschen Ansicht unzweifelhaft zu überzeugen. Ja wir finden das Gegentheil mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen in einer heutzutage mit Unrecht fast ganz vernachläßigten Quelle des Antijustinianeischen Rechtes, nämlich in dem westgotischen Gajus tib. II. lit. 9. §. 2. a. E, wo sich die Worte finden:

> Sed si debitorem tenere elegerit (sc. creditor), fidejussorem absolvit: si vero fidejussorem tenuerit, debitorem absolvit, quia uno electo, quem idoneum creditor judicat, alterum liberat.

An eine Sinn-Interpolation der Westgothen ist hier gewiß nicht zu denken, indem es geradezu unmöglich genannt werden muß, daß die Westgothen das formale Recht der processualischen Consumtion über seine ursprünglichen Gränzen ausgedehnt hätten.

Außerdem findet sich aber auch noch eine interessante Spur des früheren Rechtszustandes in den Justinianeischen Pandecten, nämlich in der L. ult. pr. D. de rebus creditis (12, 1), wo Celsus folgenden Rechtsfall vorträgt:

> Si ego decem stipulatus a Titio, deinceps stipuler a Sejo, quanto minus a Titio consequi possim, si decem petiero a Titio, non liberatur Sejus: alioquin nequidquam mihi cavetur: at si judicatum fecerit Titius, nihil ultra Sejus tenebitur. Sed si

cum Sejo egero, quantumcunque est, quo minus a Titio exigere potuero eo tempore, quo judicium inter me et Sejum acceptum est, tanto minus a Titio postea petere possum.

Wird gleich Sejus in dieser Stelle nicht ausdrücklich Bürge genannt, und ist deshalb wahrscheinlich die Stelle der ändernden Hand der Compilatoren entgangen, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß er in der That ein s. g. fidejussor indemnitatis ist, welcher nur unter der Bedingung haftete, daß vom Hauptschuldner nichts zu erlangen war [106]. Wenn daher der Gläubiger den Hauptschuldner belangt und dadurch den Beweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herstellt, so liegt es in der Natur der Sache, daß der Bürge sich nicht mit der exceptio rei in judicium deductae schützen kann. Belangt aber umgekehrt der Gläubiger den Bürgen zuerst, so hängt nach unserer Stelle Alles davon ab: ob und in wie weit damals der Hauptschuldner insolvent war. War er nämlich ganz oder zum Theil insolvent, so war insoweit die Bedingung der Bürgschaftsobligation eingetreten, mithin waren nun beide Obligationen insoweit identisch, und durch die Belangung des Bürgen mußte auch der Hauptschuldner insoweit die exceptio rei judicatae erlangen [107]. Dies ist der Sinn der Worte: Sed si cum Sejo egero, quantumcunque est etc. Denn daß hier bei dem agere nur allein an die s. g. processualische Consumtion, nicht an die Consumtion durch Zahlung zu denken ist, geht aus den

106) Ueber diese species der Bürgschaft vergleiche: L. 116. D. de V. O. (45, 1). L. 21. D. de solut. (46, 3). L. 41. D. de fidejussoribus (46, 1). L. 6. pr. D. de novationibus (46, 2). L. 2. C. de fidej. tutor. (5, 57). — Nach Nov. 4. ist übrigens heutzutage jede Bürgschaft regelmäßig eine fidejussio indemnitatis.

107) Hierauf beziehen sich denn auch die Worte der L. 21. D. de solutionibus (46, 3). „sed etsi cum Sejo prius egeris“

voraufgehenden Worten auf das Deutlichste hervor, wo das agere gerade von dem judicatum facere auf das Schärfste getrennt worden ist.

Kehren wir nun zu unserer actio de peculio zurück, so steht uns auch hier eine Stelle zu Gebote, aus welcher die oben erwähnte Identität der Obligation auf das Deutlichste hervorleuchtet. Es ist dies die von Pomponius herrührende und also lautende **L. 21. §. 4. D. de except. rei judic. (44, 2)**:

> **Si pro servo meo fidejusseris, et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicata.**

Denn wäre die obligatio des dominus und des fidejussor servi verschieden und nicht identisch, so könnte nach **L. 52. §. 3. D. de fidejussoribus (46, 1)** von einer exceptio rei judicatae nicht die Rede sein.

Dieser Ansicht scheint nun zwar ein Fragment des Proculus zu widersprechen, nämlich die **L. 84. D. de solutionibus (46, 3)** und diese Stelle ist es offenbar, welche Büchel zu seiner falschen Theorie verleitet hat. Sie lautet also:

> **Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fidejussores ejus respondit. At si idem servus ex peculio suo, permissa administratione peculii, nummos solvisset, liberatos esse fidejussores ejus recte legisti.**

Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Stelle Schwierigkeiten macht, weshalb sie auch eine Art von crux jureconsultorum gewesen ist. Ohne hier bei der Prüfung der verschiedenen Erklärungsversuche zu verweilen [108], beschränke

---

108) Vgl. die Glosse zu L. 21. §. 4. cit. und zu L. 84. cit. s. v. liberatos. Cujacius in tract. 7 ad Africanum zu L. 38. §. 2. D. de solutionibus (in Opp. T. 38.). Schultingii I. p. 1425 sqq. notae ad Dig. ed Smallenburg. T. VII. p. 116. zu L. 84. cit. dem der Uebersetzer im deutsch. corp. jur. 4. Bd. S. 757.

ich mich nur auf eine kurze Darstellung meiner eigenen Ansicht. Wir finden im Titel **de peculio (15, 1)** sehr häufig, daß man Demjenigen, welcher die **actio de peculio** gegen einen Herrn angestellt, und dadurch nach dem Grundsaße der processualischen Consumtion seine Ansprüche wider die sonstigen Interessenten der Passivobligation verloren hatte, eine **in integrum restitutio** wider die processualische Consumtion, nämlich **propter errorem** [109], wegen Irrthum über den Bestand des **peculii**, ertheilte, wenn er durch diese Klage, eben wegen des Bestandes des **peculii**, nicht zu seinem Ziele gekommen war [110]. So sagt z. B. Ulpian in der bekannten **L. 32. pr. D. de peculio: Sed licet hoc** (sc. die processualische Consumtion) **jure contingat, tamen aequitas dictitat, judicium in eos** (d. h. die durch die processualische Consumtion befreiten Interessenten) **dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet.** Von einer solchen **liberatio** verstehe ich nun auch unsere Stelle. Proculus erklärt nämlich die Bürgen durch Anstellung der **actio de peculio** deswegen für nicht liberirt, weil der Gläubiger **rescisso superiore judicio prop-**

---

not. 113 folgt. Diese Note lautet: „weil wegen dessen, was der Kläger auf die actio de peculio nicht erlangt hat, immer noch eine naturalis obligatio bleibt." Allein erlangte denn der Bürge durch Belangung des Hauptschuldners nicht die exceptio rei in judicium deductae, troßdem daß der Hauptschuldner nach der Litiscontestation naturaliter obligirt blieb?

109) Vgl. Francke Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. S. 84 fgg.

110) S. L. 32. pr. D. de peculio. L. 30. §. 5. eod. „subveniri", L. 37. §. 3. eod. „non est iniquum". L. 47. §. 3. eod. L. 32. §. 1. In hoc autem judicio, licet restauretur praecedens d. h. obgleich die Klage, als eine früher bestandene und durch die processualische Consumtion untergegangene wiederhergestellt wird. Der Ueberseßer im deutschen corp. jur. Th. 2. S. 197 übersetzt: wenn auch der Vorhergehende entschädigt wird!! Sapienti sat!

ter errorem Anspruch auf die in integrum restitutio hat [111]), so daß wir gerade mit Ulpian sagen können: ut magis eos perceptio quam intentio liberet. In diesem Sinne ist denn auch die von African herrührende L. 38. §. 2. D. de solutionibus (46, 3) zu erklären.

War aber der mit der actio de peculio belangte Herr aus anderen Gründen freigesprochen, z. B. weil sich der Richter nicht von der Existenz einer Schuld überzeugt hatte, dann konnte von einer in integrum restitutio propter errorem überall nicht die Rede sein, weil der Irrthum über den Bestand des peculii nicht die causa laesionis war, und folglich mußte, da die Obligation des dominus und des fidejussor identisch war, auch der fidejussor einer spätern Klage, die exceptio rei judicatae wirksam entgegensetzen können, wie in der oben abgedruckten L. 21. §. 4. D. de except. rei jud. aufs Bestimmteste bezeugt wird.

§. 9.

Auf eigenthümlich neue Weise hat v. d. Pfordten den Knoten zu lösen versucht. Er findet die Lösung in dem früheren Unterschiede zwischen judicia legitima und judicia imperio continentia [112]), indem er annimmt daß durch die im legitimum judicium erfolgte Freisprechung des Beklagten von einer persönlichen und in jus concipirten Klage die naturalis obligatio nicht aufgehoben werde, während diese Aufhebung bei der Freisprechung von einer persönlichen Klage im judicium imperio continens überhaupt, oder in einem durch formula in factum angeordnetem legitimum judicium Statt gefunden habe [113]). Daher bezieht v. d. Pfordten alle

---

111) Daß Proculus überhaupt den Restitutionen wider die proceßualische Consumtion nicht abgeneigt war, sehen wir aus L. 47. §. 3. D. de peculio (15, 1) und L. 18. D. de interrogationibus (11, 1).

112) Ueber diesen Unterschied haben wir erst das Nähere durch Gaj. IV. §. 103—109 erfahren.

113) l. c. S. 145 fgg.

Stellen, welche auf eine nach der Litiscontestation oder dem absolutorischen Urtheile zurückbleibende naturalis obligatio hinweisen, nur auf das legitimum judicium mit formula in jus concepta und sucht auf diese Weise auch die anscheinende Inconsequenz des Tryphonin in L. 13. D. quib. mod. pign. (§. 4) zu entfernen, indem Tryphonin ein solches judicium im Sinne gehabt habe, durch welches auch die naturalis obligatio zerstört sei, während Paulus in L. 60. D. de cond. ind. (§. 2) von einem judicium legitimum mit formula in jus concepta geredet habe [114]. V. d. Pfordten hat nun seine Ansicht weiter durch folgende innere Gründe zu rechtfertigen versucht. Durch die Litiscontestation auf eine persönliche, in jus concipirte und als legitimum judicium angestellte Klage sei die ursprüngliche Forderung ipso jure aufgehoben, und in eine neue auf condemnari oportere gerichtete Forderung umgewandelt, so daß das später abgegebene Urtheil sich nur auf diese neue Forderung bezogen habe, dieselbe entweder ipso jure vollständig, wie Zahlung, aufhebend oder in die judicati obligatio umwandelnd. Denn für den dem Civilrechte fremden Begriff der naturalis obligatio sei in einem solchen auf rein civilrechtliche Grundlagen gebauten Verfahren kein Raum gewesen, so daß dieselbe weder durch die Litiscontestation noch durch das Urtheil erfaßt sei. Das umgekehrte Verhältniß habe bei dem judicio imperio continens und bei dem legitimum judicium mit formula in factum concepta Statt gefunden. Hier wird nämlich, um mich v. d. Pfordtens eigener Worte zu bedienen [115] „die ursprüngliche Forderung nicht aufgehoben durch die Litiscontestation, obligatio durat, also auch keine andere an ihre Stelle gesetzt, und auch das Urtheil ändert hieran nichts". Eine novirende Kraft habe daher die Litiscontestation nur in dem Falle besessen, wo sie

114) l. c. S 150.
115) l. c. S. 146.

ipso jure gewirkt habe, indem die exceptio rei in judicium deductae so wenig als Novation betrachtet werden könne, wie die exceptio pacti [116]. Das freisprechende Urtheil habe freilich auch hier die Verbindlichkeit, auf welche es sich bezogen, vollständig getilgt. Allein es habe sich nicht auf eine erst durch die Litiscontestation gesetzte — denn ein solches Setzen habe nicht Statt gefunden — sondern auf die ursprüngliche Obligation bezogen, welche in ihrem ganzen Umfange ungetheilt und unverändert während des Processes fortbestanden habe. Die Litiscontestation habe hier nichts novirt, sie habe nur der Forderung eine exceptio entgegengestellt [117], diese exceptio werde durch das Urtheil aufgehoben und eine andere begründet. Die Einwirkung des Processes auf die ursprüngliche Forderung sei lediglich nach der Kraft dieser Exceptionen zu beurtheilen. Die Exceptionen ruhten nun auf der aequitas, und stellten somit die Forderung der sie entgegenständen, als iniqua dar, und müßten daher auch die naturalis obligatio vernichten [118], welche nur der aequitas ihr Bestehen verdanke.

V. d. Pfordten hat bei diesem ganzen Räsonnement augenscheinlich alle diejenigen Stellen wider sich, welche allgemein von einer durch die litis contestatio entstehenden obligatio [119] und von einer nach der litiscontestatio [120] und dem absolutorischen Urtheile zurückbleibenden naturalis obligatio (§. 2—6) reden. Wenn er diese Stellen daher durch Restrictivinterpretation zu entfernen sucht, so lag ihm dabei natürlich das onus probandi ob. Die Widerlegung seiner Ansicht muß deshalb darauf gerichtet werden, nachzu-

116) l. c. S. 146.
117) l. c. S. 149.
118) l. c. S. 150.
119) L. 3. §. 11. D. de peculio (15, 1). L. 22. D. de tutelae et rationibus (27, 3). L. 74. D. de V. O. (45, 1).
120) L. 50. §. 2. D. de peculio (in §. 8). L. 8. §. 3. D. de fidejussoribus (46, 1). L. 8. D. de compensationibus (16, 2).

weisen, daß ihm diese Beweisführung nicht gelungen, daß die zur Begründung seiner Ansicht beigebrachten inneren Gründe keineswegs geeignet sind, den daraus gezogenen Schluß zu rechtfertigen. Wenden wir uns in dieser Beziehung zu dem uns hier allein interessirenden [121]) Räsonnement über das ope exceptionis wirkende judicium, so finden wir gleich in dem ersten Satze „durch die Litiscontestation wird die ursprüngliche Forderung nicht aufgehoben, obligatio durat, also auch keine andere an ihre Stelle gesetzt, und auch das (sc. freisprechende) Urtheil ändert hieran nichts" einen nichts weniger als bündigen Schluß. V. d. Pfordten's Räsonnement wäre nämlich nur richtig, wenn das Setzen einer neuen obligatio in diesem Falle eine Unmöglichkeit wäre. Dies ist aber nicht der Fall, wie wir am Deutlichsten sofort aus Gajus und aus v. d. Pfordten's eigenem Zugeständnisse entnehmen können. V. d. Pfordten räumt nämlich selbst ein [122]), daß Gaj. III. §. 180 und 181 nur von der exceptio rei judicatae nach erfolgtem condemnatorischen Urtheile geredet habe. In einem solchen Falle ist nun aber die alte obligatio nur ope exceptionis aufgehoben und dennoch eine neue obligatio, die obligatio judicati, an ihre Stelle getreten. Folglich wäre auch in unserem Falle das Setzen einer obligatio durch die Litiscontestation keineswegs eine Unmöglichkeit, wie man doch, um v. d. Pfordten's Schluß billigen zu können, annehmen müßte. Unter diesen Umständen würde es sogar im Gegentheile im höchsten Grade auffallend zu nennen sein, wenn in dem ipso jure, nicht aber in dem ope exceptionis wirkenden judicium durch die Litiscontestation eine neue obligatio entstände. Denn der Schuldner in dem einen wie in dem anderen judicium ist durch die litis contestatio gerade in dieselbe Lage versetzt; er muß, wenn es nach Recht und Gerechtigkeit gehen soll, condemnirt

121) Denn über das ipso jure wirkende judicium sind wir, wenigstens im Resultate, einverstanden.

122) l. c. S. 147.

werden. Wo wir aber ein gleiches Verhältniß sehen, müssen wir von vorn herein auch eine gleiche Behandlung voraussetzen. Ist daher die Lage des Schuldners nach der Litiscontestation im judicium legitimum mit formula in jus concepta geeignet Stoff eines obligatorischen Verhältnisses zu sein, und bei den Römern als solcher aufgefaßt, so kann unmöglich die Lage des Schuldners beim ope exceptionis wirkenden judicium verschiedenartig aufgefaßt und nicht als obligatorischer Stoff anerkannt sein. Offenbar hat daher die allgemeine Auffassung der allgemein lautenden obigen Stellen (not. 119 und 120) nicht nur nichts gegen, sondern im Gegentheil Alles für sich. Es früge sich dann nur noch: worin besteht das Wesen dieser neuen obligatio? Seit der Entdeckung des Gajus hat man ziemlich allgemein gelehrt, daß durch die Litiscontestation eine neue auf condemnari oportere gerichtete Obligation entspringe, und diese letztere durch das condemnatorische Urtheil wieder in eine neue auf judicatum facere oportere gerichtete Obligation umgewandelt, oder durch das freisprechende Urtheil aufgehoben werde [123]). Gegen diese Theorie hat sich aber in der neueren Zeit Mayer [124]) und, wie mir scheint, mit Recht erklärt, indem er eine besondere auf condemnari oportere gerichtete Obligation verwirft. Er nimmt vielmehr an, daß aus der Litiscontestation quasi ex contractu [125]) eine bedingte, auf Erfüllung des Urtheils im Falle der Condemnation gerichtete Obligation entstehe. Durch das condemnatorische Urtheil werde daher nicht, durch eine Art Novation, eine neue obligatio geschaffen, sondern die durch die Litiscontestation bereits begründete bedingte Obligation werde nur purificirt, so wie man im Falle des absolutorischen Urtheils sagen müsse: conditio deficit d. h. die

---

123) Gaj. III. §. 150.

124) Die Litiscontestation. Stuttgardt 1830. S. 24 fgg.

125) Ueber diesen Punkt vergleiche noch besonders Keller Litiscontestation. S. 127 fgg.

durch die Litiscontestation gesetzte bedingte Obligation ist nun nicht zur Existenz gekommen. Aus diesem Gesichtspunkte, daß in der Litiscontestation ein bedingter Quasicontract liege, und daß die judicati actio die aus diesem Quasicontracte entspringende Klage ist [126]), erklärt es sich dann auf genügende Weise, weshalb nach der Litiscontestation stets auch die Erben des Beklagten verhaftet sind, und weshalb die judicati actio gegen einen Haussohn stets als actio de peculio gegen den Vater gerichtet werden konnte [127]), wenn gleich die ursprüngliche Klage z. B. weil es eine Delictsklage war, nicht als actio de peculio gegen den Vater geltend gemacht werden konnte.

Nach dieser Ansicht gestaltet sich ferner das Verhältniß der exceptio rei in judicium deductae zur exceptio rei judicatae ganz einfach so, daß während die Bedingung der durch die Litiscontestation gesetzten obligatio schwebt, die exceptio rei in judicium deductae provisorisch Zerstörung der obligatio (civilis) bewirkt, bis die definitive Zerstörung durch Urtheil an die Stelle getreten ist [128]), daß mit der res judicata sogleich die exceptio rei in judicium deductae hinwegfällt.

---

126) Ob auch Puchta Cursus der Institutionen 2r Bd. S. 163 no. 2 und S. 188 und 189 dieser Ansicht ist, wage ich nicht bestimmt zu behaupten. Er sagt freilich an letzterem Orte. „Diese Wirkung leitet sich ihrem Ursprunge nach schon von der litis contestatio her, durch welche die Sache in judicium deducirt und somit von der Sentenz abhängig gemacht worden ist"

127) L. 3. §. 11. D. de peculio (15, 1).

128) Bethmann-Hollweg Versuche S. 151. Zimmern römischer Civilproceß S. 418. not. 5. — Wenn gleich Gajus die consumirende Kraft der exceptio rei judicatae nur bei dem condemnatorischen Urtheile hervorhebt, so muß dies der Natur der Sache nach um so mehr von dem absolutorischen Urtheile gelten. Nur unterscheidet sich auch in diesem Punkte, wie in so vielen anderen (L. 29. D. de novationibus (46, 2)), das processualische Rechtsverhältniß wesentlich von der eigentlichen Novation.

Eine genauere Ausführung aller dieser Punkte würde uns indessen zu weit von unserem eigentlichen Ziele abführen. Hier kam es nur darauf an, nachzuweisen, wie wenig Gewicht den von v. d. Pfordten für seine obige Restrictivinterpretation geltend gemachten inneren Gründen beizulegen sein möchte. Eine Widerlegung der Pfordtenschen Ansichten kann aber auch noch mit ziemlicher Entschiedenheit aus Gajus selbst geführt werden. Wer nämlich mit unbefangenem Blicke die betreffenden Stellen von Gajus III. §. 180 und 181, IV. §. 106 und 107 durchliest, wird schwerlich die Ueberzeugung von der Hand weisen können, daß die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae auf dem Wege der exceptio indirect dieselbe Wirkung hervorbringe, welche bei dem legitimum judicium mit formula in jus concepta ipso jure direct hervorgebracht wurde. Recht deutlich geht dies namentlich aus den Worten (Gaj. IV. §. 107) hervor: „si legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest et ob id exceptio supervacua est. Wäre nämlich, wie man mit v. d. Pfordten annehmen müßte, die Ertheilung einer exceptio für den Schuldner vortheilhafter gewesen, als das Recht der Berufung auf die ipso jure erfolgte Tilgung, so hätte Gajus unmöglich sagen können, daß die nach den gegnerischen Voraussetzungen für den Schuldner so höchst vortheilhafte exceptio supervacua sei. Gewiß müssen wir daher annehmen, daß in beiden judiciis einmal die Litiscontestation und sodann das Urtheil eine und dieselbe Wirkung, wenn gleich auf verschiedenem Wege, hervorbrachten. Ein Streit kann trotz der Darstellung des Gajus möglicherweise nur darüber geführt werden: worin diese Wirkung bestand, und

---

Denn während bei bedingten Novationen, wenn die Bedingung ausfällt, die alte obligatio in ungeschwächter Kraft fortbesteht, so tritt hier an die Stelle der provisorisch wirkenden exceptio rei in judicium deductae die definitive exceptio rei judicatae.

namentlich, ob das Urtheil in beiden judiciis die Naturalobligation aufhob, oder ob in beiden judiciis die Naturalobligation bestehen blieb?

Sehr große Bedenklichkeiten entspringen endlich noch gegen die Ansicht v. d. Pfordtens aus dem Zustande und der Beschaffenheit unserer Justinaneischen Rechtsquellen. Zu Justinians Zeit war nämlich, wie v. d. Pfordten mit Recht bemerkt [129]), der Unterschied zwischen den judicia legitima und imperio continentia verschwunden. Die Litiscontestation und das Urtheil konnte daher jeßt in allen Fällen entweder nur ipso jure oder nur ope exceptionis wirken. Das leßtere ist nun in den Justinianeischen Rechtsquellen ausgesprochen und anerkannt [130]), und daraus folgert v. d. Pfordten, daß im justinianeischem Rechte durch Litiscontestation und Urtheil stets die naturalis obligatio consumirt werde. Allein wäre diese Voraussetzung richtig, so müßte man die Compilatoren der Justinianeischen Sammlung, indem sie in den oben not. 119 und 120 zusammengestellten und den in §. 2—6 erläuterten Fragmenten alle Spuren des früheren Rechts vernichteten, und dennoch geradezu die für die Justinianeische Zeit practisch falschen und nur durch den früheren Rechtszustand hervorgerufenen Resultate stehen ließen, einer so unverzeihlichen Nachläßigkeit und Ungeschicklichkeit beschuldigen, daß ein solches Verfahren im ganzen corpus juris schwerlich seines gleichen aufzuweisen haben möchte, während sich Alles, wenn wir die Fortdauer der naturalis obligatio annehmen, zu einem harmonischen Ganzen gestaltet.

---

129) l. c. S. 151.

130) §. 5. J. de except. (4, 10) und T. T. D. de except. rei judicatae (44, 2). — Wenn übrigens v. d. Pfordten S. 151 behauptet, daß in den Pandecten von einer Wirkung des Urtheils ipso jure nirgends die Rede sei, so ist ihm dabei eine, der Aufmerksamkeit der Compilatoren entgangene Stelle gleichfalls entgangen, nämlich die L. 22. §. 8. D. ratam rem haberi (46, 8). — Auch ist gewiß in L. 60. D. de fidejussoribus (46, 8) eine Anspielung auf diesen Unterschied versteckt (s. §. 11).

Das einzige Argument, welches bei der ganzen Pfordtenschen Deduction quellenmäßig genannt werden kann, ist das Berufen auf die Regel, daß jede nicht in odium creditoris eingeführte exceptio auch die naturalis obligatio aufhebe, und zur Prüfung dieser Regel wollen wir nun in dem folgenden Paragraphen übergehen.

§. 10.

Bekanntlich giebt es zwei Klassen von Exceptionen; die eine hebt die Obligation vollständig auf d. h. sie vernichtet auch den natürlichen Bestandtheil derselben; die andere dagegen bezieht sich nur auf den civilen Bestandtheil der Obligation und läßt die naturalis obligatio unverändert fortbestehen. Daß die exceptio rei judicatae in diese zweite Klasse gehört, haben wir bis hieher durch eine unbefangene Betrachtung der Aussprüche unserer Quellen gefunden. Wir wollen nun noch prüfen, ob sich dieses Resultat nicht auf eine allgemeine Grundregel über die Wirksamkeit der Exceptionen überhaupt zurückführen läßt d. h. auf eine Regel, durch welche sofort beurtheilt werden kann, welcher Klasse von Einreden jede einzelne concrete exceptio zuzuweisen ist.

1) Vorzugsweise aus diesem allgemeinen Gesichtspunkte haben die Anhänger der gegenseitigen Meinung die vorliegende Streitfrage zu beantworten gesucht. Sie haben sich in dieser Beziehung auf die in mehreren Stellen [131]) ausgesprochene Regel berufen: daß durch die in odium creditoris eingeführte exceptio nur der civile, durch die in favorem debitoris eingeführte exceptio aber auch der naturale Bestandtheil der Obligation zerstört werde. Muß nun gleich zugegeben werden, daß die exceptio rei judicatae nicht in odium creditoris eingeführt ist, so kann dennoch die Anwendbarkeit dieser Regel auf unsere Frage nicht zugegeben werden, weil diese Subsumtion zu einem falschen Resultate

131) L. 19. pr. L. 40. pr. D. de cond. indeb. (12, 6). L. 9. §. 4. ad S. C. Maced. (14, 6).

führen würde, da auf das Bestimmteste aus den Quellen hervorgeht, daß die exceptio rei judicatae den naturalen Bestandtheil der Obligation nicht vernichtet. Wird nun schon durch diese so bedeutende Ausnahme die Richtigkeit der obigen Regel erschüttert, indem kein genügender Grund der Ausnahme nachgewiesen werden kann, so sind wir wohl überhaupt gezwungen, die ganze Regel als solche aufzugeben, weil sie, wie bereits von v. Savigny [132]) zur Genüge dargethan worden ist, aus einer unrichtigen Abstraction von der exceptio S. C. Macedoniani und Vellejani hervorgegangen ist. Nach dieser Regel hätte nämlich im früheren Rechte auch die Einrede der Proceßverjährung die naturalis obligatio vernichten müssen, während wir mit Bestimmtheit das Gegentheil nachweisen können [133]). Auf der anderen Seite würde trotz der exceptio doli (und der ihr gleichstehenden exceptio metus), weil diese in odium creditoris eingeführt ist „ne ei (sc. creditori) dolus contra naturalem aequitatem prosit [134])“, die Naturalobligation fortdauern müssen. Desgleichen führt die Regel in Beziehung auf die Einrede der Verjährung zu einem unrichtigen Resultate, obgleich gerade hierüber noch jetzt die lebhaftesten Debatten geführt werden.

2) V. Savigny [135]) hat daher eine andere Regel an die Stelle der obigen gesetzt, welche folgendermaaßen lautet: Wenn die exceptio sich lediglich auf römisches jus civile gründet, so zerstört sie nur den civilen, gründet sie sich dagegen auf das jus gentium, so zerstört sie auch den naturalen Bestandtheil der Obligation.

Diese Regel empfiehlt sich allerdings durch ihre innere Consequenz, weil die Naturalobligation gerade auf das jus

---

132) System des heut. röm. Rechts 5r Bd. S. 375—377.
133) S. L. 30. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2) im §. 3.
134) L. 1. §. 1. D. de exceptione doli mali (44, 4).
135) l. c. S. 378.

gentium gegründet wird [136]), und führt eben deshalb auch im Einzelnen zu richtigeren d. h. mit den sonstigen Bestimmungen unserer Quellen übereinstimmenderen Resultaten. V. Savigny macht sofort die Anwendung dieser Regel auf die einzelnen Exceptionen. Er stellt in der einen Klasse, als gegründet auf das jus gentium und gerichtet gegen die naturalis obligatio, die exceptio pacti, doli und jurisjurandi zusammen, und in der anderen als gegründet auf das jus civile und ohne Einfluß auf die naturalis obligatio, die exceptio S. C. Macedoniani, rei judicatae, Einrede der Retorsion wegen jus iniquum, des s. g. beneficii competentiae und der Proceßverjährung. Den Beweis über die Wirkung dieser letzten Einrede möchte ich freilich nicht mit v. Savigny auf L. 8. §. 1. D. ratam rem haberi (in §. 3.) gründen; allein er kann vollkommen durch L. 30. §. 1. D. ad legem Aquiliam (in §. 3.) geführt werden. Dagegen hat sich die Einrede gegen das s. g. beneficium competentiae wohl nur aus Versehen eingeschlichen. Denn die ganze Regel bezieht sich ja nur auf peremtorische Einreden, indem die dilatorischen Einreden schon ihrem Wesen nach niemals den natürlichen Bestandtheil einer Obligation zu vernichten im Stande sind, wenn sie gleich, wie z. B. die exceptio pacti de non petendo temporalis aus dem jus gentium abstammen. Die Einrede der Rechtswohlthat der Competenz ist aber gerade eine dilatorische Einrede [137]), und muß auch als solche nach v. Savigny's eigener Definition der dilatorischen Einreden [138]) angesehen werden.

Am Ende seiner Deduction ist nun aber v. Savigny gezwungen, eine und zwar eine sehr bedeutende Ausnahme

---

136) L. 84. §. 1. D. de R. J.

137) S. besonders Francke in diesem Archive 23r Bd. S. 389 und 390.

138) System des heut. röm. Rechts 5r Bd. S. 175.

seiner Regel bei der exceptio S. C. Vellejani zuzulassen. Aus diesem Grunde möchte daher wohl

3) einer Regel der Vorzug einzuräumen sein, welche uns von einem römischen Juristen selbst, nämlich von Marcellus überliefert und von den Compilatoren gerade in dem Titel: de regulis juris mitgetheilt ist. Es ist dies die L. 66. D. de R. J., welche also lautet:

Idem (sc. Julianus) lib. LX. Dig. Marcellus [139]): Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Das Gewicht dieser Stelle ist von den älteren Commentatoren zu dem Titel: de regul. jur. richtig erkannt worden [140]), indem sie dieselbe als Grundregel für die Beurtheilung der stärkeren oder der schwächeren Wirkung der Exceptionen nach ihrem inneren Character benutzten. Allein mit der Abnahme des Geschmackes an rein exegetischen Schriften verlor man die Stelle immer mehr und mehr aus dem Auge, bis zuletzt wieder Büchel darauf aufmerksam geworden ist und sie, als seiner Ansicht scheinbar widerstreitend, zu entfernen versucht hat. Allein bei näherer Betrachtung werden wir die Regel des Marcellus als die durchgreifendste, ausnahmslosesteRegel anerkennen müssen. Damit nämlichderSchuldner, welcher eine peremtorische Einrede, welche Marcellus

139) Die Stelle ist nach dieser Inscription offenbar aus den Noten des Marcellus zu Julians Digesten entlehnt, weshalb auch Hal. hinter Marcellus das Wörtchen notat, und die Vulg. das Wörtchen ait einschiebt. — Gerade so verhält es sich auch mit L. 22. §. 5. D. ratam rem haberi, in welche sich der Uebersetzer im deutschen corp. jur. Th. 4. S. 807. not. 208 nicht recht zu finden weiß.

140) S. die in not. 3 citirten Commentatoren ad titulum de R. J. — Dieselbe Ansicht, ohne specielle Berufung auf diese Stelle, findet sich bereits in der Glosse ad L. 60. D. de cond. indeb. s. v. absolutum. S. ferner A. Faber und Bachovius not. 3. cit.

offenbar allein im Sinne hatte, erlangt hat, dem Erfolge nach aufhöre Schuldner zu sein, werden von Marcellus zwei Requisite vereint verlangt, nämlich erstens: daß die exceptio justa, und zweitens: daß sie nicht ab aequitate naturali abhorrens sei. Justa wird aber nach anderen Stellen [141]) die exceptio genannt, wenn und insoferne ihr keine replicatio gegenübertritt. Dieses wäre daher das erste, uns an diesem Orte freilich nicht weiter interessirende Requisit. Dagegen müssen wir um so größere Aufmerksamkeit auf das zweite Requisit verwenden, welches für unsere Frage den eigentlichen Ausschlag giebt. Der Schuldner hört also nur auf Schuldner zu sein, wenn die durch keine Replik gehemmte exceptio die naturalis aequitas auf ihrer Seite hat. Stimmt aber die exceptio nicht mit der naturalis aequitas überein, so hört er auch nicht auf Schuldner zu sein, d. h. er bleibt naturaliter obligirt, indem die exceptio nur den civilen Bestandtheil der Obligation erfaßt. Legen wir diesen Maaßstab an diejenigen einzelnen Exceptionen an, über deren Wirkung wir sichere Nachrichten besitzen, so werden wir uns von der Richtigkeit der Regel des Marcellus durchgehends überzeugen.

Fassen wir zuerst

a) diejenigen peremtorischen Einreden ins Auge, durch welche entschieden auch die Naturalobligation aufgehoben wird, nämlich die exceptio doli [142]), metus [143]) pacti [144]), und jurisjurandi [145]), so bedarf es hier keines weitläufigen

---

141) pr. J. de replic. (4, 4). Gaj. IV. §. 126.

142) L. 65. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6). — Ist die exceptio doli nur dilatorisch, so fällt sie nicht in den Kreis dieser Regel.

143) L. 7 und 8. D. de cond. ob turp. causam (12, 5).

144) L. 40. §. 2. L. 32. §. 1. D. de cond. indeb.

145) S. not. 92. Denn der Eid enthält speciem transactionis L. 2. D. de jurejur. (12, 2) und proficiscitur ex conventione L. 1. L. 26. §. 2. L. 25. D. h. t. — L. 17. D. eod. — War übrigens das pactum und der Eid nur interponirt, um allein den

Beweises, daß diese Exceptionen sämmtlich die **naturalis aequitas** auf ihrer Seite haben.

Wenden wir uns nun auf der anderen Seite

b) zu denjenigen Exceptionen, welche entschieden die **naturalis obligatio** nicht berühren, so ist es

1) klar, daß die **exceptio S. C. Macedoniani** [146]) eine solche ist, für welche die **naturalis aequitas** nicht streitet. Dasselbe gilt

2) von der **exceptio ob jus novum introductum** [147]). Denn Niemand wird es der **naturalis aequitas** angemessen finden, daß Derjenige, auf dessen Antrag das **jus novum** ausgesprochen wurde, oder welcher das **jus novum** selbst aussprach, nachher aller Klagen und Einreden, mögen sie ihm gegen den Verletzten oder andere Personen zustehen, mögen sie sich pecuniär noch so hoch belaufen, ohne irgend eine Berücksichtigung des verursachten Schadens beraubt werde [148]). Es mag dies immerhin eine politisch zweckmäßige Maaßregel genannt werden, aber die große Härte, welche darin liegt, und welche die Maaßregel der **naturalis aequitas** entfremdet, wird nimmer zu verkennen sein.

c) Eine große Schwierigkeit bietet auf den ersten Anblick die auch die Naturalobligation aufhebende **exceptio S. C. Vellejani** [149]) dar, indem es mit der **naturalis aequitas** unvereinbar zu sein scheint, eine Frau ohne Einwilligung

---

civilen Bestandtheil der obligatio aufzuheben, (s. z. L. ult. pr. D. de jurejur. (12, 2)), so dauert natürlich die Naturalobligation fort. Dies kann aber nicht als Ausnahme unserer Regel betrachtet werden, weil die Wirkung dieser Exceptionen zuerst und vor allen Dingen nach der Absicht der contrahirenden Parteien zu ermessen sind.

146) L. 9. §. 4. D. ad S. C. Maced. (14, 6). L. 19. pr. L. 40. pr. D. de cond. indeb. (12, 6). L. 14. D. de reb credit. (12, 1).

147) L. 3. §. 7. D. quod quisque etc. (2, 2).

148) L. 3. §. 2. D eod.

149) L. 8. §. 3. D. ad S. C. Vellej. (16, 1). — Cf. L. 2. §. 1. L. 16. §. 1. L. 8. §. 9. L. 24. §. 2. D. eod.

des Gläubigers und vielleicht auf dessen Kosten[150]) von der einmal übernommenen Verbindlichkeit zu befreien. Und doch haben die Römer in diesem Punkte, wie wir bei genauerer Erwägung der Sache finden, ganz und gar im Sinne des **jus naturale** gehandelt. Das **S. C. Vellejanum** hat sich nämlich der Frauen nur angenommen: **propter sexus imbecillitatem**[151]). Von diesem Standpunkte aus betrachtet hat das positive Recht durchaus die **naturalis aequitas** für sich, wenn es die Frauen vor einem Schaden zu bewahren sucht, welchen sie sich durch ihre natürliche Treuherzigkeit nnd Gutmüthigkeit zuziehen würden. Deshalb heißt es in dem Senatusconsulte selbst, **cum eas... ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum**[152]). Die Intercession wurde daher auch geradezu für ein außer der Sphäre der Frauen liegendes **virile officium** erklärt[153]).

Eine ähnliche Erscheinung bietet uns die **in integrum restitutio minorum** dar. Auch hier finden wir nirgends eine Spur, daß eine **naturalis obligatio** zurückbleibt, und gewiß muß dies auf dieselbe Grundidee zurückgeführt werden, daß jedes Rechtsmittel wider eine eingegangene **obligatio**, sei es **exceptio** oder **restitutio**, für eine **naturalis obligatio** keinen Raum läßt, sobald es durch einen natürlichen Zustand der Schwäche und Hülfslosigkeit hervorgerufen ist[154]).

---

150) Denn oft wird der Gläubiger deshalb keinen Schaden erleiden, weil er mit der Principalklage oder der actio restitutoria oder institutoria zu seiner Befriedigung gelangt.

151) L. 2. § 3. D. ad S C. Vellej (16, 1).

152) L. 2. §. 2 D. eod.

153) L. 2. D. de R. J. L. 2. §. 2. D. ad S. C. Vellej. (16, 1). — Ungefähr auf die nämliche Weise, wie im Texte, haben die Sache zu erklären versucht: Ramos del Manzano not. 3. I. cit. und Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen I. S. 44.

154) In diesem Sinne sagt auch Ulpian zur Rechtfertigung des Edikts de minoribus: quia inter omnes constat, fragile esse et infirmum hujusmodi aetatis consilium. L. 1. pr. D. de minoribus (4, 4).

Die Richtigkeit der von Marcellus aufgestellten Regel bewährt sich aber auch durch ihren systematischen Zusammenhang [155]), indem wir dasselbe Princip auch bei der ipso jure erfolgenden Aufhebung einer obligatio walten sehen. Wir müssen nämlich behaupten, daß auch wo eine obligatio ipso jure aufgehoben wird, der naturale Bestandtheil fortbestehen bleibt, sobald die Aufhebung nicht in Uebereinstimmung mit der naturalis aequitas erfolgt. Eine Anwendung dieses Principes treffen wir bei der Aufhebung der obligatio durch capitis deminutio minima des Schuldners, indem hier die obligatio als naturalis fortdauert [156]).

Kehren wir nun zu unserer exceptio rei judicatae zurück, so haben wir damit wieder eine neue Bestätigung der Richtigkeit unserer Regel gewonnen. Haben wir nämlich früher gefunden, daß die exceptio rei judicatae die naturalis obligatio nicht zerstört, so können wir nun dieses Resultat auf unsere Grundregel zurückführen. Denn bezweifelt kann es wohl überhaupt nicht werden, daß die exceptio rei judicatae nicht mit der naturalis aequitas übereinstimmt. „Natura enim aequum est, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem“ [157]). Wie sollte es nun durch die naturalis aequitas gerechtfertigt werden können, daß der Schuldner, wenn der Gläubiger, um zur Bezahlung zu gelangen, zu dem letzten und äußersten Mittel greift, auf Kosten des Gläubigers seiner Verbindlichkeit enthoben werde, bloß deßhalb, weil der Richter irrthümlich ein unrichtiges Urtheil erlassen hat?

155) Diesen Grund kann übrigens auch v. Savigny für sich geltend machen, da die Aufhebung der obligatio durch capitis deminutio sich auf römisches jus civile gründet.

156) L. 2. §. 2. D. de capite minutis (4, 5). — Vgl. auch Büchel l. c. S. 29, der nun ein ganz anderes Princip für die ipso jure als für die ope exceptionis erfolgende Aufhebung der obligatio aufstellt.

157) L. 14. D. de cond. indeb. (12, 6). L. 206. D. de R. J.

Das natürliche Gefühl für Recht und Unrecht wird es laut aussprechen: dem Gläubiger ist Unrecht geschehen, und hat der Schuldner nur einen Funken Ehrgefühl in seiner Brust, so wird er, vorausgesetzt daß er die Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Freisprechung erlangt, aus freien Stücken seine Verbindlichkeit erfüllen und das begangene Unrecht ausgleichen. Er wird es verschmähen, sich in Folge des Irrthums des Richters auf fremde Kosten zu bereichern. Ja die naturalis aequitas kann nicht auf der Seite der exceptio rei judicatae stehen, weil überhaupt die naturalis ratio nur eine materielle, keine formelle Gerechtigkeit kennt. Wollte man daher die exceptio rei judicatae ein Product der naturalis aequitas nennen, so müßte man den Sieg des formellen über das materielle Recht einen Sieg der naturalis aequitas nennen, eine Absurdität, welche schwerlich ihres gleichen finden möchte.

Wir würden uns kaum bei diesem Punkte so lange verweilt haben, wenn nicht gerade Büchel [158]) behauptet hätte, daß unsere L. 66. D. de R. J. nicht so verstanden werden dürfe, als ob es Exceptionen gäbe, welche der naturalis aequitas widersprächen, indem jede exceptio, möge sie in favorem debitoris oder in odium creditoris eingeführt sein, auf der aequitas beruhe. Allein wie ich glaube und auch gezeigt zu haben glaube, so kann die Unrichtigkeit dieser Behauptung dem unbefangenen Zuhörer gerade an keiner exceptio besser nachgewiesen werden, als an unserer exceptio rei judicatae. Justinian selbst giebt es, worauf von v. Savigny [159]) nicht ohne Grund aufmerksam gemacht worden ist, nicht undeutlich zu verstehen, daß unsere exceptio nicht der naturalis aequitas ihre Existenz verdanke, indem er in §. 1—4 J. de exceptionibus (4, 12) bei der auf die naturalis aequitas gegründeten exceptio metus, doli, pacti

---

158) l. c S. 104.

159) System des heut. röm. Rechts 5r Bd. S. 376 not. c.

und **jurisjurandi** jedesmal hinzusetzt: **iniquum est te condemnari**, in §. 5 aber, wo er auf unsere **exceptio rei judicatae** zu sprechen kommt, nur einfach hinzufügt: **sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari**. Giebt es daher wirklich solche Exceptionen, welche die naturalis aequitas nicht auf ihrer Seite haben, so möchte wohl keine Auffassung der Stelle natürlicher genannt werden können, als wenn man die Worte „**nec ab aequitate naturali abhorrentem**" auf diesen Character der **exceptio** bezieht. Ueberdieß ist auch Büchel noch gezwungen, dem Marcellus einen fast unerträglichen Pleonasmus zur Last zu legen. Wie nämlich oben bemerkt (**not. 141**) so hatte Marcellus durch den Beisatz „**justa**" bereits ausgesprochen, daß der Einrede keine Replik entgegenstehen dürfe. Er würde daher mit den Worten „**nec ab aequitate naturali abhorrentem**", welche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ein neues Requisit ankündigen, unnützer Weise nochmals das frühere Requisit wiederholt haben, eine Ausnahme, zu der wir nur im höchsten Nothfalle unsere Zuflucht nehmen könnten. Freilich lag es in Büchel's Interesse, diese Stelle um jeden Preis zu entfernen. Allein ob ihm dies gelungen sei, darüber möchte sich wohl bei unbefangener Betrachtung der Stelle nicht ohne Grund zweifeln lassen.

§. 11.

Steht nun die Hauptfrage fest: daß der mit Unrecht freigesprochene Schuldner **naturaliter** obligirt bleibt, so muß die Anwendung davon auf Compensation, Novation und Constitutum, so wie auf Pfandrecht und Bürgschaft ganz nach den allgemeinen Grundsätzen gemacht werden. Da indessen die Anwendung auf Compensation bestritten und auf Bürgschaften eigenthümlichen Schwierigkeiten unterworfen ist, so verdienen diese beiden Punkte an diesem Orte noch einer besonderen Hervorhebung.

1. Unter den Anhängern der diesseitigen Meinung giebt es nämlich Mehrere [160]), welche dem Schuldner das Recht

160) Krug Lehre von der Compensation. S. 116. Lang Institutio=

absprechen, mit seiner Naturalforderung auf eine seinem Naturalschuldner erst nach dem freisprechenden Erkenntnisse erworbene Forderung zu compensiren [161].

a) Einige, wie z. B. Lang l. c. berufen sich deßhalb auf ein Rescript Antonins, nämlich die **L. 2. C. de compensationibus (4, 31)**, welche folgendermaaßen lautet:

Ex causa quidem judicati si debitum solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est.

Allein es läßt sich leicht nachweisen, daß hier ein Mißverständniß und eine Verwechselung zu Grunde liegt, welche noch weniger zu entschuldigen ist, als die oben in §. 6. sub a. gerügte Interpretation. Das vorliegende Rescript handelt nämlich nicht von einem mit Unrecht freigesprochenen, sondern von einem mit Unrecht condemnirten Schuldner. Bekanntlich wurde im römischen Rechte eine in Folge eines condemnirenden Urtheils geleistete Zahlung in keiner Hinsicht als ein indebitum betrachtet [162]. Der Schuldner hat daher überall keine Forderung auf Rückgabe der Zahlung, und kann diese Rückgabe weder mit einer Klage als **condictio indebiti**, noch auf dem Wege der Einrede, als Compensationsforderung geltend machen. Dies und nichts weiter ist der einfache Sinn der Worte: „**ex causa quidem judicati si debitum solu-**

---

nen 2te Aufl. Stuttg. 1827. §. 244. not. b. Unterholzner Lehre von den Schuldverhältnissen 1r Th. §. 257 not. r. S. 557. Roßhirt gemeines deutsches Civilrecht 2r Bd. S. 246.

161) Denn war diese Forderung schon vorher erworben, so wird allgemein die Compensation gestattet, quia compensatio fit ipso jure.

162) L. 1. C. de condict. indeb. (4, 5) L. 36. D. fam herc. (10, 2). L. 74. §. 2. D. de judiciis (5, 1). L. 29. §. 5. D. mandati (17, 1).

tum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest.“ Dadurch ist natürlich dem Schuldner das Recht nicht genommen, auf die judicati actio mit irgend einer anderen ihm zustehenden Forderung zu compensiren, wie dies am Ende des Rescripts vom Kaiser noch ausdrücklich hinzugefügt wird.

b) Andere Schriftsteller berufen sich dagegen auf die Worte der L. 14. D. de compensat. (16, 2):

Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.

und wollen diese Stelle nach ihrem allgemeinen Wortlaute auch auf diejenigen (peremtorischen) Einreden mit beziehen, welche die Naturalobligation nicht zerstören. Wenn es dann in L. 6. D. eod. heiße: „Etiam quod natura debetur venit in compensationem, so sey freilich eine von diesen beiden Regeln durch die andere zu beschränken. Dabei sey es aber an sich schon natürlicher, die positiv gefaßte Regel durch die negativ gefaßte zu beschränken, und außerdem wären wir hiezu um so mehr berechtigt, da uns noch eine andere Ausnahme von der positiv gefaßten Regel (etiam quod natura debetur etc.) bekannt sey, indem nämlich mit einer obligatio in diem nicht compensirt werden dürfe [163]), während wir von der negativ gefaßten Regel keine Ausnahmen nachzuweisen im Stande seyen [164]).

Allein dieses Räsonnement stellt sich von allen Seiten als unhaltbar dar. Zuerst nämlich läßt sich in Beziehung auf Compensation überall kein genügender Grund einer verschiedenen Behandlung der Naturalobligationen im ursprünglichen und im abgeleiteten Sinne [165]) nachweisen. Sodann sehen wir

163) L. 7. pr. D. de compensat. (16, 2).

164) Es finden sich die Gründe bei Krug not. 160. cit. zusammengestellt.

165) Diese beiden Fälle der natur. obl. sind bekanntlich erst von Büchel l. c. S. 59 fgg. scharf gesondert. Abgeleitet ist die natu-

an einem ganz ähnlichen Beispiele, daß solche allgemein aufgestellte Regeln über die Wirkung der Exceptionen gerade nur auf die, den naturalen Bestandtheil der Obligation zerstörenden (natürlich peremtorischen) Einreden zu beziehen sind. Es war nämlich eine alte Rechtsregel: qui perpetua exceptione se tueri potest, solutum repetit [166]. Allein troß des allgemeinen Wortlautes dieser Regel nahmen doch die römischen Juristen keinen Anstand, sie nur auf die eben erwähnten peremtorischen Einreden zu beschränken. Was hier nun bei der soluti retentio geschieht, das müssen wir nach den Grundsätzen der Analogie auch auf die compensatio zur Anwendung bringen. Sodann ist es völlig unrichtig, daß die obligatio in diem je von den Römern zu den Naturalobligationen gerechnet sei. Sie wird vielmehr den Naturalobligationen ausdrücklich entgegengesetzt [167], und unterscheidet sich von diesen auch wesentlich durch ihren inneren Charakter, indem es eine durch Klage sicher zu realisirende Obligation ist, während die Naturalobligation der Klagbarkeit gänzlich ermangelt und dem Gläubiger keine feste Aussicht auf Befriedigung gewährt. Die Bemerkung über den Einfluß einer positiven oder negativen Fassung der Regel ist endlich auf den vorliegenden Fall nichts weniger als zutreffend, indem es sich hier nicht um Statuirung einer Ausnahme von der Regel, sondern um Ermittelung des Sinnes und Umfanges der Regel selbst handelt. Es ist daher eine durch die triftigsten Analogien und durch die Natur der Sache gebotene Nothwendigkeit, die L. 14. D. cit. nur von den auch die Naturalobligation zerstörenden peremtorischen Einreden zu verstehen.

---

ralis obligatio, wenn eine civilis obligatio vorhanden ist, welche per exceptionem nur in ihrem civilen Bestandtheile gehemmt wird, wie z. B. bei der exceptio S. C. Macedoniani. S. Büchel l. c. S. 60.

166) L. 34. §. 11. D. de solutionibus (46, 3). L. 40. pr. D. de cond. indeb. (12, 6).

167) L. 10. D. de V. S

2) Was das Verhältniß der Bürgen anbetrifft, so stand es nach dem Vorjustinianeischen Rechte fest, daß sich der Bürge, nach dem Grundsatze der processualischen Consumtion, wenn die Obligation gegen den Hauptschuldner oder einen Mitbürgen in judicium deducirt war, insoweit mit der exceptio rei in judicium deductae schützen konnte, obgleich der Hauptschuldner selbst naturaliter obligirt blieb [168]. Eine interessante Anspielung auf dieses Verhältniß treffen wir unstreitig in L. 60. D. de fidejuss. (46, 1). Es scheint mir nämlich keinem Zweifel zu unterliegen, daß diese von Scävola herrührende Stelle interpolirt ist und daß sie ursprünglich von der Litiscontestation gehandelt hat. Die Stelle lautet jetzt folgendermaaßen:

> Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit: quum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum.

Ursprünglich wird aber wohl ihr Sinn folgender gewesen sein: Wenn der Hauptschuldner nur unvollständig liberirt wird d. h. so daß er noch naturaliter verhaftet bleibt, so bleibt auch der Bürge noch verhaftet; ist aber mit dem Hauptschuldner lis contestirt, so wird der Bürge, trotzdem daß der Hauptschuldner naturaliter obligirt bleibt, entweder ipso jure (beim judicium legitimum mit formula in jus concepta) oder ope exceptionis sc. rei in judicium deductae (bei den übrigen Arten der judicia) liberirt. Da nun aber der Bürge nach Justinians L. 28. D. de fidejussor. (8, 40) durch Litiscontestation des Gläubigers mit dem Hauptschuldner nicht mehr liberirt wird, so wurde eine Interpolation

168) Den Grund dieser Ausnahme von der in L. 60. D. de fidejussor. (im Texte) enthaltenen Regel sucht durch seine Ansicht über die frühere wirkliche Vertragsnatur (per aes et libram) der Litiscontestation zu erklären: Mayer die Litiscontestatio Stuttg. 1830, S. 24.

erforderlich, und Tribonian setzte wegen der Aehnlichkeit der Litiscontestation mit der Novation die unbestimmten Worte: quum vero genere novationis etc. an die Stelle. Diese Worte stehen nun so, wie wir sie lesen, in einem ganz unbefriedigenden Gegensatze zu dem Voraufgehenden: si reus ita liberatur, ut natura debitum maneat, indem nicht wohl abzusehen ist, wie Scävola dazu kam, nur einen einzelnen Fall einer vollständigen Liberation, statt des allgemeinen Gegensatzes: si vero reus ita liberatur, ut natura debitum non maneat, hervorzuheben. Außerdem passen aber auch die Worte „exceptione liberandum" nicht zu dem genere novationis, indem die eigentliche Novation stets ipso jure wirkt, so daß eine Interpolation mit der größten Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist.

Durch die L. 28. C. de fidejussor. (8, 40) hat nun Justinian verfügt, daß der Bürge fortan nicht mehr durch die Litiscontestation des Gläubigers mit dem Schuldner befreit werden soll [169]. Allein wie steht es mit der exceptio rei judicatae, wenn der Hauptschuldner mit Unrecht freigesprochen worden ist? Fassen wir allein die Worte der Constitution: „sed manere jus integrum creditori, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat" ins Auge, so werden wir uns allerdings geneigt fühlen, dem Bürgen auch die exceptio rei judicatae abzusprechen. Allein der Haupttenor der Constitution, wie er im ersten Satze „Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberetur, ita et in fidejussori-

169) Dasselbe gilt auch umgekehrt, wenn der Bürge zuerst belangt wird, vom Hauptschuldner, oder vom Hauptschuldner und Mitbürgen, wenn ein Mitbürge zuerst belangt wird. Der Kürze wegen habe ich den Fall der Belangung des durch einen Bürgen garantirten Hauptschuldners als Repräsentanten aller übrigen Fälle gebraucht.

bus observari" allein angegeben wird, ist nur, daß der Bürge nicht durch die Litiscontestation mit dem Schuldner befreit werden soll. Wenn nun auch im weiteren Verlaufe der Constitution zu den Worten „nullo modo electione unius ex fidejussoribus... liberationem mereri" der Gegensatz aufgestellt wird „nisi satisfiat creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satis ei fiat" so setzt dieser Gegensatz zwar außer Zweifel, daß auch die bloße Verurtheilung des Hauptschuldners den Bürgen, vermöge der exceptio rei judicatae in ihrer rein negativen Function, noch nicht befreien soll. Allein dasselbe auch von dem absolutorischen Urtheile zu verordnen war offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers. Denn

a) erstens liegt doch nicht in diesem Gegensatze der tenor der Verordnung. Der Gegensatz ist vielmehr hier, wie immer, nur zur näheren Erläuterung und genaueren Fixirung des Hauptsatzes bestimmt. Der Hauptsatz war aber nur, daß die electio, die processualische Consumtion den Bürgen nicht befreien solle.

b) Einen ganz ähnlichen Fall haben wir bereits oben betrachtet. Wir müssen nämlich von dem Bürgen des servus nach Anstellung der actio de peculio gegen den Herrn mit Ulpian behaupten: ut magis eum perceptio quam intentio liberet. Und doch war es völlig gewiß, daß er sich mit der exceptio rei judicatae in ihrer positiven Function schützen konnte.

c) Ferner finden wir den Rechtssatz, daß die exceptio rei judicatae auch den Bürgen zu Statten kommen soll, an mehreren Orten, und namentlich in der Hauptstelle über die Frage: welche Einreden dem Bürgen zu Statten kommen, als practisches Recht vorgetragen [170].

d) Endlich führen uns hierauf auch die Worte der Con-

---

170) L. 7. §. 1. D. de recept. (44, 1). L. ult. §. ult. de jurejur. (12, 2). Cf. L. 29 D. de receptis etc. (4, 8).

stitution „Invenimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujus modi causae esse prospectum“ und am Ende „Si enim pactis conventis hoc fieri concedatur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur? Justinian will also nur zur gesetzlichen Regel erheben, was bisher in der Praxis in den meisten Fällen durch Privatautonomie festgesetzt wurde. Ein solches Mittel, um den Eintritt der processualischen Consumtion zu verhindern, finden wir nun allerdings mehrfach in Pandecten und Codex erwähnt. Es ist die Abschließung einer s. g. fidejussio indemnitatis, von welcher bereits oben die Rede war (not. 109) und auf welche Justinian in den so eben erwähnten Worten offenbar hindeutet. Kann es nun aber keinem gegründeten Zweifel unterworfen sein, daß der fidejussor indemnitatis sich zwar nicht mit der exceptio rei in judicium deductae, wohl aber mit der exceptio rei judicatae in ihrer positiven Function schützen konnte, so wäre hiermit auf das Entschiedenste hergestellt daß Justinian dem Bürgen die exceptio rei judicatae in ihrer positiven Function nicht abschneiden wollte.

Ich trage daher kein Bedenken mich in dieser Hinsicht, zu Gunsten des Bürgen, unbedingt den Ansichten von Ribbentropp [171]) und v. Vangerow [172]) anzuschließen.

---

171) Zur Lehre von den Correalobligationen. S. 267 und 268.
172) Leitfaden I. S. 211.